

# Ein Schiedsgericht für die Gerichte?

---

Nicolas Sölter

2020-06-15T21:08:29

Der Ultra-vires-Konflikt zwischen dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) und dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) begründet eine Verfassungskrise, die sich nicht rechtlich, sondern nur politisch überwinden lässt. In diesem Sinne hat [Armin Hatje](#) hier jüngst einen begrüßenswerten rechtspolitischen Vorschlag für einen Gemeinsamen Rat der obersten Gerichtshöfe der Europäischen Union (Gemeinsamer Rat) vorgestellt. Nachdem Hatje bereits die Funktion und mögliche Ausgestaltung eines solchen Gremiums beschrieben hat, möchte ich seinen Vorschlag im Folgenden um die Beobachtung ergänzen, dass ein Gemeinsamer Rat nur dann Erfolg verspricht, wenn alle Beteiligten die politische Natur seiner Entscheidungen akzeptieren.

## Eine zirkuläre Debatte

Einer weiteren Untersuchung des Urteils des BVerfG vom 5. Mai 2020 zum Public Sector Purchase Programme der EZB ([2 BvR 859/15 – PSPP-Urteil](#)) bedarf es an dieser Stelle nicht. Will man die Ebene der Analyse verlassen und Auswege aus dem Konflikt zwischen dem EuGH und den mitgliedstaatlichen Gerichten mit Ultra-vires-Vorbehalt finden, erscheint mir aber eine Beobachtung fundamental: Die Diskussion in Kategorien des Rechts ist in einer Sackgasse angelangt. EuGH und BVerfG haben ihre Rechtsprechung in einem Widerspruch zueinander ausgerichtet, der eine vermittelnde Lösung ohne Zugeständnisse beim eigenen Rollen- und Verfassungsverständnis ausschließt. Entsprechend festgefahren ist auch die Diskussion in der Rechtswissenschaft. Auf der einen Seite stehen die verständlichen Klagerufe, das BVerfG untergrabe die Einheit des Unionsrechts. Um letztere zu schützen, sehen zahlreiche Stimmen keine Alternative zu einem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 ff. AEUV. Für [Pavlos Eleftheriadis](#) etwa ist dieser Weg unausweichlich, auch um der Rechtswissenschaft die Gelegenheit zu geben, die Illegitimität (illegitimacy) und Abgelegenheit (insularity) der im PSPP-Urteil vertretenen Positionen zu diskutieren. Als bedürfte es mehr als zehn Jahre nach dem Lissabon-Urteil des BVerfG ([Urteil vom 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08](#)) und einer unüberschaubaren Vielzahl an einschlägigen Beiträgen dafür noch eines weiteren Anlasses. Auf der anderen Seite finden sich Stimmen der Erleichterung darüber, dass das Handeln der Organe der Europäischen Union nun endlich einer rechtsstaatlichen Kontrolle unterworfen werde. Beide Argumentationen sind aus der jeweiligen Binnenperspektive richtig und in der Rechtsprechungslinie des jeweiligen Höchstgerichts sogar zwingend. Aus einer externen, dritten Perspektive geraten sie für eine rechtliche Bewertung jedoch zum Zirkelbeweis: Einheit des Unionsrecht vs. Verfassungsidentität – Ein jeder Standpunkt schließt den anderen in der behaupteten Absolutheit von vornherein aus.

## Ein notwendiger Perspektivkonflikt

Es liegt nahe, die Auflösung dieses gordischen Knotens an eine weitere Instanz zu delegieren. Für eine Art Schiedsgericht der obersten Gerichte ergibt sich jedoch unmittelbar das Problem einer fehlenden *lex fori*: Die Gerichte beider Ebenen tragen nicht nur einen unterschiedlich gewürdigten Sachverhalt, sondern einander widersprechende rechtliche Maßstäbe an den Spruchkörper heran, auf deren Letztgültigkeit sie bestehen. Auf welcher Grundlage und aus welcher Perspektive sollte ein Gemeinsamer Rat da entscheiden? Auf der Grundlage des Unionsrechts, verstanden als ein durch den EuGH prädefinierter *acquis*? Das läge bei der von Hatje vorgeschlagenen Zugehörigkeit zur Europäischen Union als einer besonderen Kammer des EuGH zwar nahe. Dann aber geriete ein Gemeinsamer Rat zu nichts anderem als einem Kassationsgericht über dem bestehenden EuGH, dem das BVerfG mit demselben Ultra-vires-Vorbehalt begegnen müsste. Ist die richtige Grundlage also das Unionsrecht, ausgelegt nach Maßgabe der mitgliedstaatlichen Verfassungen? Das wiederum wäre in Anbetracht der im Grundsatz von allen Akteuren anerkannten Prinzipien vom Vorrang und von der Einheit des Unionsrechts untragbar.

Ein Gemeinsamer Rat kann vor diesem Hintergrund kein Gericht im eigentlichen Sinne sein. Hierfür wäre eine Zuordnung zu einer Ebene, zu einer spezifischen Perspektive auf „das“ Unionsrecht zwingend. Schließlich muss ein Gericht seiner Natur nach die rechtliche Richtigkeit (verstanden zumindest im Sinne einer Vertretbarkeit) seiner Entscheidungen behaupten. Das wiederum setzt einen rechtlichen Maßstab voraus, an dem es einem „Dritten“ in Ultra-vires-Konflikten zwingend fehlt. Hier muss sich ein Gemeinsamer Rat insbesondere von dem durch Hatje als Beispiel angeführten Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe nach Art. 95 Abs. 3 GG unterscheiden, der zweifelsohne der deutschen Rechtsordnung zugewiesen ist und Fälle damit aus der gleichen Perspektive beurteilt wie alle ihm unterworfenen Gerichte. Einen Perspektivkonflikt kann und soll der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe nicht lösen. Zwar mag ein Rechtssystem Rechtsquellen unterschiedlicher Ebenen internalisieren, wie es das Grundgesetz mit Art. 23 tut. Im Graubereich der Kompetenzabgrenzung zwischen den Verfassungsräumen steht in letzter Konsequenz aber die Behauptung einer Rechtsnorm der spezifischen Verfassungsordnung, von der sich eine Lösung letztgültig ableiten lässt. Das veranschaulicht das PSPP-Urteil überall dort, wo sich der Dissens zwischen BVerfG und EuGH nicht etwa auf tatsächliche Würdigungen oder auf schlichte Subsumtionen beschränkt, sondern in abweichenden, objektiv verstandenen Auslegungen des Unionsrechts besteht. Sichtbarstes Beispiel hierfür ist das unterschiedliche Verständnis vom normativen Gehalt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der Abgrenzung unionaler und mitgliedstaatlicher Kompetenzen (Rn. 158 ff.). Würde ein Gemeinsamer Rat hier den Maßstab des EuGH anlegen, vertiefte er nach dem BVerfG einen konkreten Verstoß gegen objektive Grundprinzipien des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG), einschließlich des Demokratieprinzips nach Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG. Würde er dagegen den Bedenken des BVerfG Rechnung tragen und einen strengeren Verhältnismäßigkeitsmaßstab anlegen, würde er Unionsrecht aus einer

individuellen mitgliedstaatlichen Perspektive auslegen und so – nach dem EuGH – dessen Vorrang und Einheit untergraben.

## Eine Lösung bedarf eines Maßstabswechsels

Wo unterschiedliche Maßstäbe zu abweichenden Ergebnissen führen, bleibt nur ein Wechsel der Kategorie: Ultra-vires-Konflikte können nicht nach rechtlichen, sondern nur nach dem Recht vorgelagerten politischen Maßstäben aufgelöst werden. Der Verdacht, der bei jedem aktivistischen Verfassungsgericht mitschwingt, muss bei einem Gemeinsamen Rat deshalb Gewissheit sein: Die Rechtsfortbildung hat hier in letzter Konsequenz wertenden Präferenzen der individuellen Entscheidungsträger zu folgen. Dieses Verständnis lässt es zu, Entscheidungen eines Gemeinsamen Rates für ihre Akzeptanz in das Gewand gerichtlicher Entscheidungen zu kleiden. Will man aber aus der „Ultra-vires-Falle“ (Hatje) entkommen, ist es zentral, Verfahren nicht erneut mit der Erwartung aufzuladen, es werde auf Grundlage bestehender Normen das Recht gefunden. Nur wenn man den Gemeinsamen Rat als „*different kind of beast*“, als ein Gericht im uneigentlichen Sinne akzeptiert, lassen sich Legimitations- und Finalitätskonflikte wie im Verhältnis zwischen EuGH und BVerfG auflösen und verhindern.

Dieses Verständnis eines Gemeinsamen Rates mag auf den ersten Blick befremdlich wirken, fügt sich tatsächlich aber in die so erfolgreiche Eigenart der Europäischen Union ein, im Interesse konsensualer Lösungen Mechanismen jenseits vorgefundener Kategorien zu schaffen. Das gilt für ihre Organe, unter denen sich insbesondere die Kommission einer Einordnung in die klassischen Rollenbilder staatlicher Gewaltenteilung entzieht. Auch ist es dem Unionsrecht keineswegs fremd, rechtliche Maßstäbe durch quasi-politische Entscheidungsprozesse zu konturieren. So legen bereits Art. 5 Abs. 3 UAbs. 2, Art. 12 lit. b EUV und das Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit die Kontrolle der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips in Teilen in die Hände politischer Akteure, nämlich der nationalen Parlamente, wohingegen der EuGH seine Kontrolle hier auf die Einhaltung der Begründungspflicht gemäß Art. 296 Abs. 2 AEUV beschränkt hat (s. [Rechtssache C-547/14, Philipp Morris, Rn. 218](#)). Bei aller Kritik an seiner fehlenden Effektivität liegt diesem Mechanismus doch die richtige Erkenntnis zugrunde, dass das Subsidiaritätsprinzip auf Wertungen fußt, die sich rechtlichen Maßstäben in Teilen entziehen. Aus derselben Einsicht ließe sich ein semi-politischer, semi-judizieller Rat zur Streitschlichtung in „Ultra-vires-Fällen“ begründen.

Eine solche Lösung käme freilich nicht ohne erhebliche Zugeständnisse von EuGH und BVerfG aus. Der EuGH könnte sein Rollenverständnis als ultimativer Hüter einer eigenständigen und vorrangigen Rechtsordnung nur mit Abstrichen aufrechterhalten. Eine Gefahr für die Einheit des Unionsrechts begründet das allerdings nicht. Denn wie Hatje richtig beobachtet, handelt es sich bei der Einheit des Unionsrechts um einen materiellen Wert, dem ein Gemeinsamer Rat im Gegenteil sogar größere Autorität verleihen könnte. Das BVerfG wiederum müsste gegenüber dem Gemeinsamen Rat von seinem Ultra-vires-Vorbehalt abrücken. Hierin mag die größte Hürde für den Vorschlag liegen. Denn ein solcher Schritt

wäre dem BVerfG wegen der Verankerung der Kontrolle im unabänderbaren Wesenskern des Grundgesetzes (Art. 79 Abs. 3 GG) nur unter erheblichen Autoritätsverlusten möglich. Schließlich müssten die Karlsruher Einwände gegen eine europäische Kompetenz-Kompetenz nach der beschriebenen politischen Natur eines Gemeinsamen Rates diesem gegenüber erst recht gelten, kann eine Ableitung seiner Entscheidungen aus mitgliedersstaatlichen Einzelermächtigung doch von vornherein nicht behauptet werden. Andererseits ist die Ultra-vires-Kontrolle des BVerfG funktional untrennbar mit der dynamischen Rechtsprechung des EuGH und den offenen und zielbezogenen Rechtsgrundlagen des Primärrechts verbunden. Bei der von Hatje vorgeschlagenen paritätischen Besetzung eines Gemeinsamen Rates und nicht zuletzt nach der ihm angetragenen Funktion erschiene dagegen die Hoffnung angebracht, dass dieses Gremium den seit langem verbreiteten Bedenken gegen einen immer weiter voranschreitenden *competence creep* stärker Rechnung trägt als der EuGH. Dem BVerfG würde so zumindest eine Brücke gebaut.

Anders gewendet: Dass ein Gemeinsamer Rat weder mit der Rechtsprechung des EuGH noch des BVerfG vereinbar wäre, ist kein Argument gegen, sondern für seine Schaffung. Nur durch einen teilweisen Bruch mit beiden Rechtsprechungslinien kann der notwendige Maßstabswechsel gelingen. Sicher sind auch Alternativen zu einem Gemeinsamen Rat denkbar, etwa eine Befriedung im Wege einer verpflichtenden Entscheidung über eine Vertragsänderung nach Art. 48 EUV. Die komplexe und fallbezogene Natur von Ultra-vires-Konflikten legt es allerdings nahe, ihre Überwindung einem spezialisierten Gremium zu überantworten. Ob es hierzu kommt, mag höchst zweifelhaft sein. Die Tiefe der Legitimitätskrise, in der sich die zwei wohl wichtigsten Gerichte Europas und mit ihnen die Rechtsgemeinschaft der Europäischen Union insgesamt befinden, würde einen solch mutigen Schritt aber allemal rechtfertigen.

